

SENTENCIA Nº 000340/2016

SECCION OCTAVA

=====

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente

D. EUGENIO SÁNCHEZ ALCARAZ

Magistrados/as

D^a M^a FE ORTEGA MIFSUD

D^a CARMEN BRINES TARRASÓ

=====

En la ciudad de VALENCIA, a diecinueve de septiembre de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sección Octava de esta Audiencia Provincial, siendo ponente el Ilmo Sr. D. EUGENIO SÁNCHEZ ALCARAZ, los autos de Juicio Ordinario, promovidos ante el Juzgado de 1^a Instancia nº 2 de Valencia, con el nº 001451/2014, por D. ----- en nombre propio y de sus hijos menores de edad ----- y en el de la entidad ----- C.B. representados en esta alzada por el Procurador D. Javier Blasco Mateu y dirigidos por el Letrado D. Jaime Navarro García contra BANCO SANTANDER S.A. representado en esta alzada por el Procurador D. Juan A. Rodríguez-Manzanque Alberca y dirigido por el Letrado D. Sergio Sánchez Gimeno, pendientes ante la misma en virtud del recurso de apelación interpuesto por BANCO SANTANDER S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada, pronunciada por el Sr. Juez de 1^a Instancia nº 2 de Valencia, en fecha 24 de julio de 2015, contiene el siguiente: “FALLO: **ESTIMO** la demanda formulada a instancia de ----- (en nombre propio y de sus hijos -----) e ----- CB, representados por el Procurador D. Javier Blasco Mateu, contra la mercantil Banco Santander SA, representada por el Procurador D. Juan-Antonio Rodríguez Manzanque Alberca, y:

- **DECLARO** la nulidad de los contratos de adquisición de Valores Santander celebrado entre demandante y demandada en fechas 04/10/07 y 30/07/08, por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento.
- **DECLARO** la resolución de los contratos de producto estructurado Tridente celebrados

entre demandante y demandada en fechas 21/05/08 y 29/01/09, por el incumplimiento del deber legal de información por la entidad demandada.

-CONDENO a la demandada a la devolución de la suma de 877.425'32.- euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de las órdenes de compra, descontando la totalidad de los importes recibidos por la parte actora como rentabilidad de los productos contratados (tanto los rendimientos de los Valores Santander como los cupones del depósito Tridente) con el interés legal correspondiente desde la fecha de las respectivas liquidaciones parciales, como consecuencia de la obligación legal de restitución recíproca, debiendo la demandante restituir las acciones recibidas con ocasión de la conversión de los valores; y con imposición de costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- Contra la misma, se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por BANCO SANTANDER S.A., y asimismo impugnación por D. ----- en nombre propio y de sus hijos menores de edad ----- y en el de la entidad ----- C.B., siendo remitidos los autos a esta Audiencia, donde se tramitó la alzada, señalándose para Deliberación y votación el 12 de septiembre de 2016.

TERCERO.- Se han observado las prescripciones y formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don ----- actuando en nombre propio, así como en el de sus hijos menores de edad, ----- y en el de la entidad ----- C.B., formuló el 15 de Octubre de 2.014 demanda de juicio ordinario contra la entidad Banco Santander SA., tendente a la obtención de una sentencia que declarase principalmente la nulidad simple o anulabilidad por error al contratar el Producto Estructurado Tridente y los Valores Santander, objeto de esta litis, así como sus canjes posteriores y, en sus méritos, condene a la demandada a restituirle, para sí, sus hijos y la Comunidad de bienes, la cantidad total efectiva perdida de 772.657'84 euros, más el interés legal desde las fechas de compra de estos productos hasta la de la sentencia y todas las costas del juicio. Y, subsidiariamente, si no se concede la anulabilidad vista y, como mejor considere ese órgano, estime así mismo íntegramente la demanda, condenando a la demandada a indemnizarle por responsabilidad civil contractual en la misma cantidad de 772.657'84 euros, más el interés legal desde las fechas en que se compran, hasta

la de la sentencia, así como que se condene a la demandada, también en este caso, a satisfacer todas las costas de este pleito. Alega el actor haber contratado en el año 2.007 varias órdenes de suscripción de Valores Santander, tanto en su propio nombre por 40.000 euros, como en el de sus hijos ----- por 30.000 euros cada uno y a nombre de ----- C.B. por 300.000 euros y 177.425'32 euros, ascendiendo, por tanto, el total depositado en Valores Santander a 577.425'32 euros y que en nombre de ----- C.B. y siguiendo los consejos de los empleados de la demandada, contrató el 21 de Mayo de 2.008 el Producto Estructurado Tridente por la cuantía total de 300.000 euros que fue cancelado el 29 de Enero de 2.009 en que se suscribió otro por la misma suma. Explicó que todas las contrataciones de esta litis se efectuaron desconociendo las características reales y significado de estos productos, ya que la información que recibió por parte de los empleados de la demandada no fue correcta ni completa, hablándole en todo momento de depósitos similares a plazo fijo con buena rentabilidad, sin comunicarle la realidad de los riesgos que conllevaba. Añadiendo haber solicitado expresamente que quería productos sin riesgo, en línea de coherencia con su calificación de cliente con perfil de riesgo moderado, de ahí que pensase que los 877.425'32 euros (577.425'32 euros de Valores Santander y los 300.000 euros del Estructurado) los tenía depositados en imposiciones a plazo fijo, y que su capital estaba totalmente garantizado, permaneciendo íntegro. En cuanto a la suma exigida de 772.657'84 euros indico que, de un lado, y respecto de los Valores Santander o producto amarillo, fue cambiado en Octubre de 2.012 por acciones de forma automática y unilateral por la demandada, por lo que reclama la totalidad del importe inicial que fue de 577.425'32 euros, y, de otro, en lo tocante al Producto Estructurado Tridente al llegar al vencimiento del segundo de ellos en Septiembre de 2.013 le fue abonado en su cuenta un total de 104.767'48 euros, por lo que reclama 195.232'52 euros, que es la diferencia entre lo depositado y lo recuperado (300.000 – 104.767'48 = 195.232'52). La parte demandada Banco Santander S.A. se opuso a la demanda, interesando su íntegra desestimación que fundó esencialmente en dos aspectos, uno, que el actor había contratado varios fondos de inversión, suscrito planes de pensiones y era titular de acciones de diversas compañías, y otro, que había recibido la información necesaria sobre la naturaleza, características, condiciones y riesgos de los Valores Santander, y, en concreto, el tríptico formativo supervisado y aprobado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y que idéntico conocimiento se le había facilitado respecto del Producto Estructurado Tridente y su reestructurado. La sentencia de instancia estimó la demanda formulada a instancia de Don ---- (en nombre propio y de sus hijos -----) e ----- C.B. contra la mercantil Banco Santander S.A. y, en su virtud, de un lado, declaró la nulidad de los contratos de adquisición

de Valores Santander celebrados entre demandante y demandada en fechas 4-1-07 y 30-7-08, por la existencia de error esencial relevante y excusable en el consentimiento, y, de otro, declaró la resolución de los de Producto Estructurado Tridente celebrados en fechas 21-5-08 y 29-1-09, por incumplimiento del deber legal de información por parte de la entidad demandada. Condenándola a la devolución de la suma de 877.425'32 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de las órdenes de compra, descontando la totalidad de los importes recibidos por la parte actora como rentabilidad de los productos contratados (tanto los rendimientos de los Valores Santander como los cupones del depósito Tridente), con el interés legal correspondiente desde la fecha de las respectivas liquidaciones parciales, como consecuencia de la obligación legal de restitución recíproca, debiendo la demandante restituir las acciones recibidas con ocasión de la conversión de los valores; y con imposición de costas a la parte demandada. Esta resolución ha sido recurrida en apelación por la demandada e impugnada por la actora en lo tocante, tanto a la apreciación de la caducidad de la acción de anulabilidad respecto del Producto Estructurado Tridente, como al fallo en sí mismo, al solicitar que en el caso de que se acoja la acción de responsabilidad civil impetrada con carácter subsidiario, lo sea en la forma y literalidad pedida en la suplica de la demanda.

SEGUNDO.- El recurso de apelación interpuesto por Banco Santander S.A. se sustenta en los siguientes motivos: 1º) Caducidad de las acciones de anulabilidad de los contratos de adquisición del producto Valores Santander. Aplicabilidad de la doctrina contenida en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de Enero de 2.015. 2º) Respecto de los Valores Santander: La sentencia invierte de forma indebida la carga de la prueba del error y estima la pretensión de anulabilidad sobre la base de un error fundado en la supuesta falta de información. Contravención de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la prueba del error. 3º) El perfil del Sr. -----era adecuado para la suscripción de los productos litigiosos y más que adecuado para presumir una correcta comprensión del producto. 4º) Inexistencia de relación de asesoramiento. 5º) Respecto de los Valores Santander: Error patente en la valoración de la prueba. La prueba practicada no acredita la existencia del vicio alegado en la demanda. 6º) Respecto de los Valores Santander: El error, aún e el caso de existir, habría sido fácilmente vencible por la actora aplicando la más mínima diligencia. 7º) Respecto de los Valores Santander: En cualquier caso, el vicio, de haber existido habría sido subsanado por la actora. 8º) Respecto del Producto Estructurado y su Reestructuración: La sentencia, apartándose del “petitum” de la demanda, estima una pretensión de resolución no ejercitada. 9º) Respecto del Producto Estructurado y su Reestructuración: La sentencia ha confundido los requisitos de la

resolución con los del error en el consentimiento. 10º) Respecto del Producto Estructurado y su Reestructuración: El incumplimiento de los deberes precontractuales de información no constituye incumplimiento resolutorio. 11º) Respecto del Producto estructurado y su Reestructuración: En cualquier caso, la prueba practicada confirma que el Banco cumplió con sus deberes precontractuales: Impugnación de la valoración de la prueba. 12º) Respecto del Producto Estructurado y su Reestructuración: El Banco también cumplió con sus deberes contractuales. Impugnación de la valoración de la prueba y 13º) Respecto del Producto Estructurado y su Reestructuración: La inexistencia de incumplimiento esencial y nexo entre cualquier eventual incumplimiento y el daño sufrido por la actora. La imposibilidad de resolver contratos que no están en vigor.

TERCERO.- El primer motivo del recurso se refiere a la caducidad de las acciones de anulabilidad de los contratos de adquisición del producto Valores Santander y aplicabilidad de la doctrina contenida en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de Enero de 2.015. Como punto de partida se ha de significar que esta excepción no fue alegada en el escrito de contestación, si bien se trató de introducir en el debate en el acto de la audiencia y por la vía de las alegaciones complementarias, siendo esta iniciativa procesal, lógicamente rechazada. Es cierto que la caducidad es apreciable de oficio (SS. del T.S. de 26-11-02, 10-11-04, 11-4-05 y 8-3-08), pero resulta cuanto menos discutible, que el hecho de que lo sea, permita su invocación como motivo del recurso para combatir la sentencia, cuando su planteamiento fue claramente extemporáneo. No obstante ello, el juzgador de instancia la desestimó arguyendo que con arreglo a los documentos números tres A, B, C y D) de la contestación (f. 408 al 433) el cargo por la compra de dichos Valores Santander en las cuentas del Sr. -----, de sus hijos y de ----- C.B. por importe de 40.000, 30.000, 30.000 y 300.000 euros, respectivamente, lo fue el 4 de Octubre de 2.007 y el de 177.425'32 euros el 30 de Julio de 2.008 y que estuvieron percibiendo las correspondientes liquidaciones, hasta que se produjo la conversión obligatoria en acciones en el mes de Octubre de 2.012, momento éste en el que pudieron tomar conocimiento de las características fundamentales del producto contratado y del riesgo asumido, por lo que al formularse la demanda el 15 de Octubre de 2.014 (f. 2), la acción no había caducado. La apelante Banco Santander S.A. combate esta apreciación, aduciendo, en primer lugar, que en los contratos de adquisición de productos financieros como el que nos ocupa, el momento de la consumación se produce en el instante en que ha comenzado a tener efectos, por lo que, en este caso, ello sería para los 80 primeros valores el mes de Octubre de 2.007 y para los 40 posteriores el 30 de Julio de 2.008, estando en ambos

supuestos caducada la acción. Aún en la hipótesis de entender que se trata de contratos de tracto sucesivo, sería aplicable la SS. del T.S. del Pleno de la Sala 1ª de 12-1-15 que fijó como “dies a quo” aquél en el que quien ha padecido el error pudo tener conocimiento del mismo, por lo que si se piensa que desde Octubre de 2.007 el Banco envió cartas a sus clientes (documentos números dieciseis al f. 533 y treinta y cinco al treinta y siete de la contestación a los f. 994, 996 y 998), detallando el importe del producto y que en el mes de Noviembre la acción había descendido en su valor, unido ello a la información fiscal de 2.008 donde claramente se informaba del deterioro del valor de la inversión litigiosa (documentos números veinticinco al veintiocho de la contestación a los f. 558 al 904), y, en consecuencia, tomando como referencia ese año de 2.008, la acción también habría caducado. La SS. del T.S. de 29-6-16 en su fundamento jurídico noveno examina la cuestión relativa a la determinación del día inicial del cómputo del plazo de caducidad en la acción de anulación del contrato financiero complejo, declarando que “ 1.- Esta Sala ya se ha pronunciado sobre cuál debe ser considerado el momento inicial del plazo de caducidad de la acción de nulidad por error vicio del consentimiento de los contratos bancarios o financieros complejos. La SS. del Pleno de la Sala 769/2014, de 12 de Enero de 2.015 estableció la siguiente doctrina: “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.301 del Código Civil, la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato”. “Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, pues no puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el artículo 1.301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de Junio, que mantiene la doctrina de otras anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce la realización de todas las obligaciones (SS. de la Sala 1ª del T.S. de 24 de Junio de 1.897, 20 de Febrero de 1.928 y 11 de Julio de 1.984), cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes (SS. de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1.989) o cuando se hayan consumado en la integridad los vínculos obligacionales que generó (SS. de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de Mayo de 1.983). Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003 lo siguiente: “Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala: la SS. de 24 de Junio de 1.897 afirmó que el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo, y la SS. de 20 de Febrero de 1.928 dijo que la acción para pedir la nulidad por

dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó". El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico. La noción de consumación del contrato que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción. Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración jurídica resultante del contrato, y en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes. Al interpretar hoy el artículo 1.301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, tal como establece el artículo 3 del Código Civil. La redacción original del artículo 1.301 del Código Civil, que data del año 1.881, sólo fue modificada en 1.975 para suprimir la referencia a los contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente, quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción. La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la consumación del contrato como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el artículo 1.301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa

disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error, doctrina ésta que ha sido reiterada en las SS. 489/2015 de 16 de Septiembre y 102/2016 de 25 de Febrero. Encontrándonos en el caso de un contrato financiero complejo, la tesis de la recurrente, conforme a la cual la Audiencia Provincial habría vulnerado el artículo 1.301 del Código Civil al no considerar como día inicial del plazo de caducidad de la acción el día en que el contrato fue suscrito por las partes, no puede ser aceptada porque es contraria a la doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala en interpretación del mencionado precepto legal, expuesta en la sentencia transcrita. Por más que la apelante funde el error de apreciación en la SS. del Pleno de 12-1-15, la realidad es que su lectura lleva a conclusión contraria a las que patrocina y, por ende, coincidente con la de la sentencia apelada. Esta valoración no se ve alterada por los documentos que cita, pues de las cartas que dice remitió en 2.007, 2.008 y 2.009 (documentos números dieciseis al f. 533 y treinta y cinco al treinta y siete de la contestación a los f. 994, 996 y 998), únicamente consta la mención “ Querido cliente” y no quien fuese su destinatario y además sólo en el último se dice que“ la cotización actual de la acción es inferior al precio de inversión”, lo que no parece suficiente a los fines pretendidos. En cuanto a la información fiscal de 2.008 manifestando que claramente se informaba el deterioro del valor de la inversión litigiosa (documentos números veinticinco al veintiocho de la contestación a los f. 558 al 904), atendida la voluminosidad que abarca dichos instrumentos y la falta de precisión de la recurrente, no permite tampoco establecer la conclusión que patrocina.

CUARTO.- El segundo motivo se enuncia así: “ Respecto de los Valores Santander: La sentencia invierte de forma indebida la carga de la prueba del error y estima la pretensión de anulabilidad sobre la base de un error fundado en la supuesta falta de información. Contravención de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la prueba del error.” El razonamiento por el que se articula no es otro que denunciar que en el último párrafo del fundamento jurídico tercero al expresar que: “ existe error en el consentimiento cuando nos encontramos ante una deficiente información por parte de la entidad bancaria y los clientes no estaban familiarizados con la contratación de productos complejos; el argumento es de una lógica aplastante, pese a las alegaciones de las entidades bancarias, a menos que nos encontremos con inversores especulativos que invierten su capital con el fin de obtener rentabilidades muy altas a corto plazo (por lo que asumen el riesgo de pérdida de la inversión)”, el juzgador lo que hace es contravenir la carga de la prueba y entender que la demandada no ha acreditado que la información facilitada fuese suficiente, no siendo factible equiparar la falta de aquélla con el error, ya que constituye carga probatoria del demandante la de acreditar la existencia de un error que recaiga sobre un elemento esencial del contrato y que no sea excusable, lo que no ha hecho. Como expresa la SS. del T.S. de 21-11-12 aunque no es correcta una equiparación, sin matices, entre defecto de información y error, al menos en términos absolutos, sí que cabe admitir en muchos casos, que un defecto de información puede llevar directamente al error de quien la necesitaba, de ahí que la doctrina sobre el error y la carga de su prueba deban ponerse en relación con la obligación de información que tiene la demandada. En esta misma línea la SS. del T.S. de 20-1-14 declara que si bien, por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error-vicio, no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. Así mismo, la SS. de la Sec. 9ª de esta Ilma. Audiencia Provincial de Valencia de 20-2-14 indica que este Tribunal viene declarando que la carga de la prueba del error del consentimiento incumbe a quien lo alega, pero igualmente tiene declarado reiteradamente que la prueba de la información incumbe a la entidad bancaria que dice haberla efectuado, siendo que la prueba de la información es previa a la prueba del error. Esta solución es la correcta conforme a la estructura de la regla de juicio, ya que el planteamiento de la apelante de que corresponde a la parte actora la tarea de acreditar la existencia del error basado en la falta de información, implica desplazar sobre la misma la carga de probar un hecho negativo, esto es, no haberla

recibido, lo que procesalmente no es factible, de acuerdo con la regla "negatia non sunt probanda" (SS. del T.S. de 17-10-83, 23-9-86, 8-7-88, 30-10-92, 9-2-93, 16-3-96 y 17-4-01, entre otras). Ello es así porque la alegación de la ausencia de información implica un hecho negativo, que, al no poder ser probado mediante un hecho positivo del mismo significado, produce el efecto de desplazar el "onus probandi" a la parte que sostiene que aquélla sí que tuvo lugar. De ahí, que cuando la entidad financiera haya acreditado que cumplió con su deber de información en los términos legalmente exigidos, será cuando el Sr. ----- habrá de justificar el error que alega, por lo que el motivo se rechaza.

QUINTO.- El tercer motivo es que el **perfil** del Sr. ----- era adecuado para la suscripción de los productos litigiosos y más que adecuado para presumir una correcta comprensión del producto. Así lo pone de relieve la suscripción de determinados **Fondos de Inversión de Santander** (documentos números siete al diez de la contestación a los f. 486 al 498), **así como acciones y otros productos** que resultan del listado que figura al documento número seis de la contestación a los f. 481 al 485). Estos instrumentos ponen de manifiesto un perfil inversor de la parte actora entre moderado y dinámico, pero en ningún caso, ahorrador, como así lo corroboran no sólo los diversos test MiFID realizados con posterioridad a 2.008 (documento número 5 bis de la contestación a los f. 460 al 479), sino también la declaración testifical de Don ----- y de Don -----, de ahí que la sentencia yerre al afirmar en el fundamento jurídico séptimo que el actor supuso estar contratando un plazo fijo o producto análogo y que el adquirido no era conforme a su perfil inversor. De contrario se aduce que el Sr. ----- sólo tiene el título de Bachiller, no posee ningún tipo de formación o profesión vinculada al sector financiero y, en consecuencia, carecía de conocimientos previos sobre los instrumentos complejos en litigio, ya que para eso contaba con la recomendación y asesoramiento de los expertos gestores de Banca Privada de la demandada. La SS. del Pleno de la Sala 1ª de 18-4-13 expresa que sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional, sin que el hecho de ser empresario justifique tampoco el comportamiento de la entidad bancaria, ya que la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo proporciona la mera actividad empresarial. Así mismo, la SS. del T.S. de 25-2-16 señala que el hecho de que los clientes hubieran contratado anteriormente productos similares, no conlleva que tuvieran experiencia inversora en productos financieros complejos, si en su contratación tampoco les fue suministrada la información legalmente exigida. Como se declaró en las SS. 244/2.013 de 18 de Abril y 769/2.014 de 12 de Enero de 2.015, para la entidad de servicios de inversión la

obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, no sus clientes, inversores no profesionales, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. La actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto y el hecho de tener un patrimonio considerable, o que los clientes hubieran realizado algunas inversiones previas no los convierte tampoco en expertos, puesto que no se ha probado que en esos casos se les diese una información adecuada para contratar el producto con conocimiento y asunción de los riesgos de una inversión compleja y sin garantías. Es más, como apunta la parte apelada, ninguna prueba se ha suministrado sobre la posible similitud en sus características, funcionamientos y riesgos de los anteriormente suscritos con los que motivan el presente litigio, no debiendo olvidarse que los Valores Santander tuvieron su razón de ser en la necesidad de captar dinero necesario para abordar la compra del Banco holandés ABN Amro. En esta línea, en el dictamen pericial suscrito por Doña Nuria María García Pascual y Don Miguel Gálvez Hernández y aportado por la parte actora (f. 1.093 al 1.178) se indica que los Valores Santander son productos rojos, sobre los que los clientes no tenían experiencia inversora previa, bien porque utilizaban productos garantizados, cuya gestión correspondía a la propia entidad o por tratarse de otros no complejos. Finalmente, como expresa la SS. dictada el 13-7-16 por la Sección 9ª de esta Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, de un lado, para constatar la experiencia de la parte actora en este terreno, nos hemos de situar en la fecha del contrato, excluyendo de este modo, las adquisiciones efectuadas con posterioridad y, de otro, que no pueden tenerse en cuenta a los fines pretendidos productos de inversión que si bien de riesgo no son complejos (acciones, fondo de inversión), puntualizando que en toda la relación de productos que indica Banco Santander no existe ninguno similar a los que hoy se enjuician y que permita concluir en que la parte actora era conocedora del riesgo de la operación, por lo que el motivo decae.

SEXTO.- El cuarto motivo se refiere a la inexistencia de relación de asesoramiento, aduciendo que la sentencia yerra al confundir el ofrecimiento por parte del Banco de un producto con una recomendación personalizada, exigiéndose en la práctica la necesidad de que medie un pacto expreso al respecto. La respuesta a esta interrogante, esto es, si la relación jurídica existente entre las partes aquí enfrentadas, participa de las características propias de

los servicios de asesoramiento o de mera comercialización, es transcendente, en cuanto que las obligaciones que se derivan para la entidad bancaria no son la mismas en uno u otro caso. En este sentido se ha destacar que la existencia y extensión del deber de asesoramiento por parte de las entidades financieras cuando prestan determinados servicios bancarios, no deriva necesariamente de la existencia de pactos escritos. La SS. del T.S. de 20-1-14, con base en lo que señala la SS. del TJUE de 30-5-13, caso Genil 48. S.L. (C-604/2011) indica: "(l) la cuestión de si un servicio de inversión constituye o no un asesoramiento en dicha materia no depende de la naturaleza del instrumento financiero en sí, sino de la forma en que este último es ofrecido al cliente o posible cliente" (apartado 53). Y esta valoración debe realizarse con los criterios previstos en el artículo 52 de la Directiva 2006/73, que aclara la definición de servicio de asesoramiento en materia de inversión del artículo 4.4 de la Directiva 2004/39/CE. Este precepto define el servicio de asesoramiento en materia de inversión como " la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros". Y el artículo 52 de la Directiva 2006/73/CE aclara que " se entenderá por recomendación personal la realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor.., que se presente como conveniente para esa persona o se base en una consideración de sus circunstancias personales. Carece de esta consideración de recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o va destinada al público. Partiendo de lo indicado, es evidente que los servicios prestados por la demandada a la demandante, en las operaciones que se analizan, participan de las características propias de los servicios de asesoramiento en materia de inversión. La sentencia apelada recoge en el fundamento jurídico séptimo que " Don -----, responsable territorial de Banca Privada, y encargado de relacionarse con Don ----- afirmó que llamaron al cliente para comentarle el producto porque su perfil se adecuaba" y la propia demandada en su escrito de contestación indica que " en Septiembre de 2.007, sus empleados informaron al Sr. ----- acerca de la posibilidad de invertir en un producto que se estaba preparando, los Valores Santander" (f. 333), y que " desde su departamento de Banca Privada mantenían contactos periódicos con la actora" (f. 337). La SS. del Pleno de la Sala 1ª del T.S. de 20-1-14 diferencia los casos en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, de aquellos otros en que el servicio prestado es de asesoramiento financiero, como aquí ocurre. Por último, y como colofón a esta cuestión, reseñar que como indica la SS. del T.S. de 25-2-16, para que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado "ad hoc" para la prestación del mismo, ni que estas

inversiones se incluyan en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición, de ahí que, en atención a lo expuesto, el motivo se ha de desestimar.

SEPTIMO.- El quinto motivo lo es respecto de los Valores Santander y se refiere al error patente en la valoración de la prueba. La prueba practicada no acredita la existencia del vicio alegado en la demanda. En relación a ello, el artículo 1.266 del Código Civil indica que para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Como expresan las SS. del T.S. de 22-5-06, 17-7-06 y 13-2-07, a título de ejemplo, para que el error como vicio de la voluntad negocial sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, esto es, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (SS. del T.S. de 12-7-02, 24-1-03 y 12-11-04) y además que, por otra parte, sea excusable, es decir, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, ya que el inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento (SS. del T.S. de 14 y 18-2-94, 6-11-96, 30-9-99 y 24-1-03). Esta última exigencia tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no lo merece por su conducta negligente (SS. del T.S. de 12-7-02, 24-1-03, 12-11-04 y 17-2-05). De modo que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea (SS. del T.S. de 20-1-14). A su vez, es a la parte demandante a quien incumbe la carga de probar la concurrencia de los vicios del consentimiento, en este caso, el error, en que funda su pretensión de nulidad del contrato (SS. del T.S. de 4-12-90, 13-12-92, 30-5-95 y 1-2-06, entre otras). En efecto, hay que partir de que el consentimiento manifestado para la celebración de un negocio jurídico es, en principio, libre y conscientemente prestado por quien interviene en el mismo, y ello no requiere de argumentación añadida alguna. Será la conclusión contraria, la negación de validez y de efectividad del consentimiento así prestado, la que habrá de motivarse adecuadamente en atención a las pruebas practicadas de las que ello

se deduzca (SS. del T.S. de 12-2-13). Pues bien dicho esto, los valores adquiridos que son calificados internamente por la demandada como “ producto amarillo” tienen un componente aleatorio, porque inicialmente es de renta fija con un elevado interés y que, de prosperar la OPA, como así fue, se transformaban en la adquisición de acciones, sometidas a las vicisitudes del mercado y a su incidencia, esto es, a la idea de pérdida de toda o parte de la inversión. La esencia final del negocio era la adquisición de acciones y, con ello, el inversor estaba asumiendo un riesgo de volatilidad, bien que atenuado por los intereses que a cambio recibía (SS. de la Sec. 5ª de la A.P. de Baleares de 11-2-14, Sec. 1ª de la A.P. de Cáceres de 12-2-14, Sec. 7ª de la A.P. de Asturias de 4-4-14 y Sec. 1ª de la A.P. de Ourense de 22-9-14). A su vez, como señalan las SS. de la Sec. 1ª de la A.P. de Pontevedra de 1 y 23-7-15, su operativa permite calificarlo como producto complejo, gozando de una liquidez limitada, como el propio banco reconoce con su calificación de “ amarillo” según el manual de procedimientos internos para la comercialización de instrumentos financieros. Finalmente la Sec. 20ª de la A.P. de Madrid en su SS. de 15-3-16, señala que funciona como un producto mixto entre renta fija y renta variable. La parte apelante insiste en este apartado que no es un producto de difícil comprensión, aunque puede calificarse de complejo por el mero hecho de que era una obligación convertible en acciones y que, pese a lo reseñado en el fundamento jurídico séptimo, el tríptico informativo (documento número quince de la contestación a los f. 530 y 531) sí que fue entregado a la parte actora con anterioridad a la contratación de Valores Santander. Así señala como prueba inequívoca de ello la declaración expresa que se hace constar en las propias órdenes de suscripción (documentos números 2A a 2D de la contestación a los f. 393 al 400), en el sentido de que “ el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de Septiembre de 2.007”, confirmado ello por las declaraciones testificales de Doña ----- y Don ----- . Agregando que basta con la mera lectura del tríptico para comprobar que dicho documento explica de forma completa y sencilla el funcionamiento del producto y que los mencionados empleados, a su vez, proporcionaron a la actora información, clara y precisa sobre sus características y riesgos, con tiempo suficiente para que la actora meditara sobre dicha inversión, cumpliendo, así mismo, en relación a la orden de 30 de Julio de 2.008, con su obligación de evaluar su conveniencia e incluso su idoneidad mediante la realización de los oportunos test, como así lo advierte el testigo Don ----- . Las órdenes de compra de Valores Santander lo fueron, al parecer, en Octubre de 2.007, pues en ese mes, se efectuó el cargo en las cuentas de Don ----- , de sus hijos ----- por importe de 40.000, 30.000 y 30.000 euros, respectivamente, así

como en la de ----- C.B. por 300.000 euros. La SS. del Pleno de la Sala 1ª del T.S. 491/2015, de 15 de Septiembre, con remisión a la 460/2014, de 10 de Septiembre, expresa que con anterioridad a la trasposición de la Directiva MiFID, la normativa del mercado de valores ya daba una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo o accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto, sobre la responsabilidad y solvencia de aquéllos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza. El artículo 79 de Ley del Mercado de Valores, en su anterior redacción, ya establecía como una de las obligaciones de las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones, la de asegurarse de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes y mantenerlos siempre adecuadamente informados. Por su parte, el Real Decreto 629/1.993, de 3 de Mayo, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. En resumen, debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de éstos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de aquéllos, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de la misma. El artículo 5 del anexo de este Real Decreto 629/1.993 regulaba con mayor detalle la información que estas entidades que prestan servicios financieros debían ofrecer a sus clientes, indicando : 1.- Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión y deberán dedicar a cada uno el tiempo y la atención adecuados para encontrar los productos más apropiados a sus objetivos... 3.- La información a la clientela debe ser clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy

especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata. **Cualquier previsión o predicción debe estar razonablemente justificada y acompañada de las explicaciones necesarias para evitar malentendidos".** A tenor del dictamen pericial suscrito por Doña Nuria María García Pascual y Don Miguel Gálvez Hernández y aportado por la parte actora (f. 1.093 al 1.178), los Valores Santander son productos complejos, siendo incorrecto afirmar como hace la demandada que es económicamente similar a la compra de acciones, puesto que en la nota de valores de la propia entidad se indica que no tiene constancia de que existan otros comparables en el Mercado español que puedan servir de referencia para valorarlos. Añadiendo que los Valores Santander, a diferencia de las acciones, incorporan opciones financieras en su estructura, concretamente una opción asiática puesto que su valor depende de la media del valor del subyacente en un período determinado. El producto está compuesto por una PUT asiática y un bono con Cupón Variable. La PUT o Warrant de venta son instrumentos financieros derivados. En este caso, el banco es el comprador de la PUT, el cual tiene el derecho a vender el día 4 de Octubre de 2.012 las acciones y el cliente, es el vendedor de la PUT, que está obligado a comprar el día 4 de Octubre de 2.012 las acciones del Banco Santander, al precio establecido. Por tanto, a diferencia de una acción simple, no es un producto líquido que se pueda vender en cualquier momento a precio de mercado. (f. 1.136). Así mismo en dicho informe se recoge que tanto en el análisis de escenarios, como las advertencias contenidas en la orden de contratación de los Valores Santander no informan: - Que el 4 de Octubre de 2.007, fechas en la que se tiene previsto el desembolso de los Valores Santander y el producto todavía no ha empezado a funcionar, Don ----- de haberlo convertido en acciones ya partía de una pérdida de inicio del 14% de los ahorros. Escenario no reflejado en la documentación facilitada a los clientes para que fuesen conscientes del alcance y los riesgos de los Valores Santander. -Y referente a la suscripción por ----- C. B. por importe de 177.425'32 euros con fecha 30 de Julio de 2.008, de haberse convertido en acciones a los dos meses de la suscripción, hubiese incurrido en una pérdida de 103.690'14 euros. El 17 de Noviembre de 2.008 el precio de conversión quedó fijado en 14'63 euros, por lo que el titular sin saberlo ya acumulaba una pérdida aproximada del 58% de los ahorros, concluyendo que la entidad debía de haber alertado la pérdida acumulada que llevaban sus ahorros invertidos, para así poder llevar un seguimiento y conocer el riesgo, complejidad y alcance de los Valores Santander (f. 1.138). Esto es importante, porque como señala la SS. del T.S. de 13-11-15 lo relevante a efectos de apreciar infringida la normativa sobre el mercado de valores es que la entidad de crédito no suministrara al cliente una información

comprensible y adecuada sobre el producto que incluyese una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía y la entidad que podía alcanzar los mismos. El mero examen de las cuatro órdenes de compra de 2.007 aportadas como documento número uno a la demanda (f. 37 al 40), pone de manifiesto la ausencia total de información, ya que como indica la demandante, sólo aparecen cuatro datos: titulares, importe, clase de valor y código, ni siquiera consta la fecha, ni tampoco ningún otro dato identificativo o descriptivo del producto, que revele su naturaleza y riesgos. Idéntica apreciación merecen las acompañadas al escrito de contestación como documentos números dos A a dos D (f. 393 al 400). Como dice la sentencia en su fundamento jurídico séptimo “ Pero eso no es lo más llamativo, sino el hecho de que documentalmente no consta nada más acerca de esas operaciones, ni de la manera y modo en que la entidad bancaria suministró información sobre los productos contratados a la parte demandante”. Arguye la recurrente con la entrega a la actora del tríptico informativo (documento número quince de la contestación a los f. 530 y 531) con anterioridad a la contratación de Valores Santander, pero este extremo ha sido negado por la demandante y la acreditación de tal aserto constituía tarea probatoria de la demandada, sin que la ofrecida haya dado respuesta suficiente a dicha carga procesal. Así alude, de un lado, a las declaraciones de Doña ----- y Don -----, pero como señala la SS. del Pleno de la Sala 1ª de 12-1-15, no es correcto pretender que la prueba que se tome en consideración con carácter principal para dar por acreditado que Banco Santander cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitarla y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberlo hecho, aspecto éste que obviamente y en atención a su dependencia laboral permite fácilmente cuestionar la objetividad e imparcialidad de su testimonio. De otro, acude, como se ha dicho, a la declaración expresa que se hace constar en las propias órdenes de suscripción (documentos números 2 A a 2 D de la contestación a los f. 393 al 400), en el sentido de que “ el ordenante manifiesta haber recibido y leído, antes de la firma de esta orden, el Tríptico Informativo de la Nota de Valores registrada por la CNMV en fecha 19 de Septiembre de 2.007”. Mas como expresa la SS. del T.S. de 29-6-16 es reiterada la jurisprudencia que declara la ineficacia de las menciones que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. La normativa que exige un elevado nivel de información en diversos campos de la contratación resultaría inútil si para cumplir esas exigencias bastara con la inclusión de menciones estereotipadas predisuestas por quien está obligado a dar la información, en las que el adherente declarara disponer de la información necesaria, tener

experiencia y entender el riesgo, e incluso se pretende exonerar a la entidad bancaria de haber ofrecido al cliente un producto inadecuado para su perfil. Así se ha declarado, entre otras, en las SS. 244/2013 de 18 de Abril, 769/2014 de 12 de Enero de 2015, 222/2015 de 29 de Abril, 265/2015 de 22 de Abril, 651/2015 de 20 de Noviembre, 741/2015 de 17 de Diciembre, 12/2016 de 1 de Febrero, 19/2016 de 3 de Febrero, 26/2016 de 4 de Febrero y 331/2016 de 19 de Mayo. De ahí que quepa concluir, en términos coincidentes con la sentencia apelada, en el sentido de considerar que la parte actora incurrió en error esencial respecto de los contratos de adquisición de Valores Santander objeto de autos al no conocer de forma cabal su funcionamiento y los riesgos de los mismos. De modo que la omisión del deber informativo es consecuente con la circunstancia de que el cliente no esté "con el conocimiento de causa", exigido legalmente para tomar la oportuna decisión en el campo del mercado de valores. Desde la SS. del Pleno de la Sala 1ª del T.S. de 20-1-14 se viene declarando que el incumplimiento del deber informativo conlleva a la presunción del error vicio, determinando, en consecuencia, la ineficacia contractual que se postula, por lo que el motivo decae. Por si lo hasta aquí dicho no bastase, no podemos olvidar que en el BOE de 17-2-14 recogió la Resolución de 16-1-14 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se publica la sanción por infracción muy grave impuesta a Banco Santander S.A. por incumplimiento de lo establecido en los artículos 70 quáter (conflictos de interés) y 79 bis (obligaciones de información), en orden al incumplimiento de algunas de las obligaciones que regulan la relación entre dicha entidad y su clientela respecto del producto Valores Santander, por lo que el motivo se rechaza.

OCTAVO.- El sexto motivo es respecto de los Valores Santander:” El error, aún en el caso de existir, habría sido fácilmente vencible por la actora aplicando la más mínima diligencia”. En esta línea argumenta que si bien la información precontractual facilitada descarta cualquier error sobre la inversión litigiosa, aunque, a efectos meramente dialécticos, no se entendiese así, se trataría de un error no invalidante al ser fácilmente vencible aplicando una diligencia media e incluso, mínima, siendo suficiente con haber leído los documentos precontractuales que se facilitaron para salvar este supuesto error. Además no se ha de olvidar que junto a la obligación de la entidad financiera de informar adecuadamente, existe para los inversores el deber de informarse. Esta conclusión ha de rechazarse a la vista no sólo de lo expuesto en el anterior fundamento, sino también de la doctrina establecida en la SS. del Pleno de la Sala 1ª de 12-1-15, en el sentido de que cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y

claramente a la otra sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, en aquellos supuestos en que se produzca la omisión de esa información, o que la facilitada sea inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, ello determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable, porque es la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento de la otra de la obligación de informar de forma veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico, por lo que el motivo decae.

NOVENO- El séptimo motivo es respecto de los Valores Santander y su enunciado es : “ En cualquier caso, el vicio, de haber existido habría sido subsanado por la actora”, ya que en todo momento tuvo conocimiento de las características del producto contratado y sus riesgos, debiendo entender tácitamente renunciada la posibilidad de denunciar cualquier eventual causa de nulidad y este aserto se basa, de un lado, en la circunstancia de haber mantenido reuniones periódicas con el gestor de Banca Privada en la que se repasaba con el actor la situación de los Valores Santander, como así han declarado los testigos Don -----, Don ----- y Doña -----, de otro, en el dato de la información fiscal remitida que permitía a la parte actora advenir la depreciación de los Valores Santander, y por último, la realización de una nueva compra de éstos en el mercado secundario el 30 de Julio de 2.008 aprovechando el descenso de su cotización. La SS. de la Sección 9ª de esta Ilma. Audiencia Provincial de Valencia de 25-6-14 manifiesta que la sanación del acto anulable, exige que quien la padece, conocida la causa de nulidad y habiendo la misma cesado, ejecute un acto propio que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo (artículo 1.311 del Código Civil) y puede ser de forma expresa o tácita. En la interpretación de este precepto, la jurisprudencia ha señalado que la confirmación tácita tiene lugar cuando, cesada la causa de nulidad, la persona legitimada para impugnar el negocio, conociendo que dicha causa de anulabilidad había existido, realiza actos que implican necesariamente que está renunciando a la impugnación del negocio, tales como cumplimiento del contrato, constitución de garantías, recepción o reclamación de la prestación de la otra parte, etc. (SS. del T.S. de 15-2-95, 12-11-96 y 21-7-97). Por ello, esa doctrina no es aplicable cuando el acto al que supuestamente habría quedado vinculado la parte, esto es, el contrato de compra Valores Santander, está viciado por deficiencias en la formación del consentimiento. En este mismo sentido, el T.S. en su SS. de 28-9-09 ha señalado que la doctrina de los actos propios tiene como presupuesto

que sean válidos y eficaces en derecho, por lo que no procede su alegación cuando están viciados por error. Además, el precepto establece como condicionante que el acto implique “necesariamente” la voluntad de renunciarlo y esta exigencia comporta, como toda renuncia de derechos, que sea precisa, clara y terminante y es claro que ello no puede inferirse de las actuaciones que relata la apelante como son las reuniones periódicas con el gestor de Banca Privada, la información fiscal remitida o incluso la compra de nuevos Valores en el mercado secundario el 30 de Julio de 2.008, ya que se desconoce que en esa fecha tuviese cabal conocimiento del error cometido. A mayor abundamiento, la locución “necesariamente” que emplea el artículo 1.311 del Código Civil, exige una actuación prudente y cautelosa cara a la purificación de un vicio contractual, ya que como señala la SS. del T.S. de 24-7-06 el mero conocimiento de la causa de nulidad no implica aceptación, por lo que el motivo se desestima.

DECIMO.- El octavo motivo lo es respecto del Producto Estructurado y su Reestructuración y se enumera así:” La sentencia, apartándose del petitum de la demanda, estima una pretensión de resolución no ejercitada”. En línea de principio el deber de congruencia consiste en la necesaria adecuación que debe darse entre los pedimentos de las partes y el fallo de la sentencia, y que existe allí donde estos dos extremos no están sustancialmente alterados, entendiéndose por pretensiones procesales, aquéllas deducidas en los suplicos de los escritos fundamentales del proceso y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos (SS. del T.S. de 4-5-98, 10-6-98, 15-7-98 , 21-7-98, 23-9-98, 1-3-99, 31-5-99, 1-6-99, 5-7-99 y 2-3-00, entre otros). A su vez, la variante de la incongruencia “ extra petita” se produce no sólo cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, sino también cuando se produce un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones. En este caso, el juez “ a quo”, al examinar en el fundamento jurídico octavo la suscripción de tridente desde la óptica de la responsabilidad civil contractual y, por tanto, con sustento legal en el artículo 1.101 del Código Civil, dado que en el fundamento segundo había estimado la caducidad de la acción por error respecto de este producto y sobre cuya cuestión volveremos de nuevo, al constituir tema de impugnación por parte de la actora, luego de analizar y concluir en la procedencia de la acción resarcitoria entablada incurrió en un “ lapsus calamii” que llevó luego al fallo, al vincular la consecuencia indemnizatoria reclamada a una resolución contractual que nadie había pedido. Esta evidencia resulta manifiesta sólo con acudir al encabezamiento y súplica de la demanda, por más que la actora aduzca que en sus fundamentos de derecho invocó el

artículo 1.124 del Código Civil, ya que la mera cita de ese precepto sin anudarla a pronunciamiento resolutorio alguno, resulta inane. Pero es que además no sólo se ha incurrido en la modalidad de incongruencia “extrapetita” al efectuar una declaración de resolución que ninguna de las partes postuló, sino también en la variante “ultra petita”, al dar más de lo pedido, puesto que el importe de condena reclamado por la actora ascendía a 772.657'84 euros, y, sin embargo, la demandada lo ha sido por la suma de 877.425'32 euros, consecuentemente, el tope máximo cuantitativo vendrá determinado, en su caso, por la primera cifra indicada, si bien ese error numérico debía haberse intentado corregir por la vía de la aclaración del artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que sí acudió la recurrente en relación a otra cuestión diferente.

DECIMOPRIMERO.- El noveno motivo es respecto del Producto Estructurado y su Reestructuración y su contenido es “La sentencia ha confundido los requisitos de la resolución con los del error en el consentimiento”. Sostiene la apelante que en el fundamento jurídico octavo, el juez “a quo” a la hora de analizar la existencia de un posible incumplimiento contractual y sus consecuencias, se ha limitado a examinar la concurrencia de los requisitos del vicio en el consentimiento, utilizando, en suma, idénticos argumentos que le hubiesen permitido anular los contratos de Producto Estructurado, si tal acción no estuviese caducada. Ello conduce a una falta de motivación, al no desglosar un solo incumplimiento que le sea achacable. La Sala en modo alguno puede compartir esta apreciación, como la simple lectura de citado fundamento octavo pone de manifiesto, en el que se indica claramente cuáles son las inobservancias detectadas en la actuación de la demandada y sin que pueda entenderse que se está argumentando sobre los requisitos del error, más allá del empleo sesgado y fuera de contexto de la expresión de que “el error era perfectamente posible y excusable”, cuando no deja de ser una frase aislada en el conjunto de la fundamentación. Llegados a este punto y dado que los motivos décimo a décimo tercero vienen referidos, no ya a cuestiones de índole formal respecto al Producto Estructurado y su Reestructuración, como han sido las dos precedentes, sino a problemas de fondo, por los que se defiende la actuación precontractual y contractual seguida por Banco Santander S.A. en la contratación de dicho producto, negando la existencia de incumplimiento alguno que pudiese justificar, no ya una resolución no pedida, sino una declaración de responsabilidad civil con sustento en el artículo 1.101 del Código Civil, resulta obligado examinar previamente la impugnación desplegada por la parte actora en lo tocante a la caducidad de la acción de anulabilidad por error en la contratación del mencionado producto y que el juzgador de

instancia acogió. Esto es así, puesto que la respuesta que a esta cuestión se pueda dar resulta trascendente, en la medida que de coincidir con el criterio del juez “ a quo”, el examen del comportamiento de Banco Santander S.A. se habrá de llevar a cabo en el ámbito que recoge la sentencia apelada, cual es el de una posible responsabilidad civil contractual, mientras que, por el contrario, de discrepar con esa apreciación, el camino a seguir será el de una eventual anulabilidad de dicho negocio por vicio en el consentimiento causado por error.

DECIMOSEGUNDO.- La parte actora, en relación al Producto Estructurado Tridente, ejercitó con carácter principal la acción de nulidad simple o anulabilidad por error y que el “ juez a quo” entendió caducada en aplicación de la doctrina jurisprudencial establecida por la SS. del Pleno de la Sala 1ª del T.S. de 12-1-15. Su línea de argumentación fue la siguiente existen dos contratos del Producto Estructurado Tridente contratados por ----- C.B., el primero el 21-5-08 por importe de 300.000 euros (documento número cuatro de la contestación a los f. 435 al 445) y el segundo por idéntico importe el 29-1-09 (documento número cinco de la contestación a los f. 447 al 458) y partiendo de esas fechas entendió que el momento inicial para el cómputo del plazo de cuatro años previsto en el artículo 1.301 del Código Civil, debía fijarse en el mes de Enero de 2.009. Así indicó que “ es evidente que en esa fecha, como muy tarde, los demandantes eran ya plenamente conscientes de las consecuencias del primer contrato que habían firmado, y que supuestamente no tenían nada que ver con lo que ellos pensaban que había contratado. Es más, la mera circunstancia de haber tenido que acudir a un nuevo contrato para tratar de hacer frente a las consecuencias negativas del primero, es clara muestra de que eran ya plenamente conscientes de lo sucedido. De esta manera, el plazo de cuatro años se inició con la firma del contrato de Producto Estructurado Tridente de 29-1-09. Consecuentemente, la presentación de la demanda el día 15-10-2014 conlleva que la acción, respecto del contrato de Mayo de 2.008, se encontraba ya caducada, y ello incluso en el caso de que utilizáramos la reclamación previa a la entidad bancaria, en Julio de 2.013 (documento número 7 de la demanda) para el cómputo del plazo de cuatro años”. La Sala no comparte dicha postura y ha de remitirse a lo resuelto por la SS. 799/16 de 13 de Julio dictada por la Sección 9ª de esta Ilma. Audiencia Provincial que indica que “ si bien lo cierto es que, desde la novación modificativa del primer contrato producida por el de 29 de Enero de 2.009, el demandante pudo ser consciente del error respecto del primero, los efectos de este segundo contrato se prolongaron hasta 2.013, y no es hasta su finalización que pueden calibrarse adecuadamente las consecuencias perjudiciales de la contratación en que se sustenta la demanda planteada. Ha de acogerse, por ello, el motivo de

impugnación, declarando que no está caducada la acción de anulabilidad por error en la contratación del producto, y ello porque, como esta misma Sala declaró en la SS. de 14-3-16, citada anteriormente, el primero y el segundo contrato no son dos contratos ajenos e independientes de inversión sino que nos hallamos ante la misma operación inversora (una inversión en un producto estructurado) ofrecida por la demandada que es objeto de variación o modificación”... El error que eventualmente pudiera haber viciado la primera contratación, puesto de manifiesto, determinó una segunda contratación, en que se tendió a solventar los problemas detectados tras la suscripción del primer contrato, pero sus efectos se prolongaron en el tiempo hasta su finalización, pues, con independencia de que el contratante pudo ser consciente de que existían riesgos que inicialmente no pudo advertir, lo que aceptamos, en ningún caso resulta su plena consciencia de hasta qué punto el producto podría devenir perjudicial para sus intereses, para lo que hubo que aguardar al desenvolvimiento del mismo y la finalización del contrato.” Es más, como manifiesta la parte impugnante difícilmente pudo tener un claro conocimiento sobre el error sufrido en la contratación del producto, cuando a fecha 31 de Octubre de 2.010, y, por tanto, bajo la vigencia de segundo, el nominal inicial de 300.000 euros permanecía intacto, según información facilitada por la demandada (documento número cuatro de la demanda al f. 62). Pero no es sólo eso, sino que Banco Santander S.A. aportó, en cumplimiento al requerimiento efectuado de contrario en la Audiencia Previa, como documento número cincuenta y ocho la información fiscal relativa a Injobasa C.B. (f. 1.446 al 1.543), constando tanto en la concerniente a 2.008 (f. 1.460), como en las siguientes de 2.009 (f. 1475), 2.010 (f. 1.483), 2.011 (f. 1.493) y 2.012 (f. 1.510), idéntico saldo al inicial de 300.000 euros, que curiosamente se definía como “ imposición a plazo fijo”, por lo que el motivo de impugnación debe ser estimado y ello conlleva que el examen sobre la actuación de la demandada, deba hacerse desde la perspectiva del error-vicio en el consentimiento, como así se recoge en el escrito inicial de este procedimiento, “ al llevar a cabo todas las contrataciones de esta litis desconociendo las características reales y significado de estos productos, ya que la información que recibió por parte de los empleados de la demandada no fue correcta ni completa, hablándole en todo momento de depósitos similares a plazo fijo con buena rentabilidad, sin comunicarle la realidad de los riesgos que conllevaba”.

DECIMOTERCERO.- Como hemos dicho, el examen de la viabilidad de la acción principal ejercitada por el Sr. ----- y otros, ha de hacerse desde la perspectiva de determinar si hubo error-vicio que justifique la anulabilidad pretendida, de ahí que el examen del décimo

motivo del recurso, relativo al Producto Estructurado y su Reestructuración que se enuncia del siguiente modo: “ El incumplimiento de los deberes precontractuales de información no constituye incumplimiento resolutorio”, carezca ya de virtualidad. Esto es así, por cuando ninguna acción de esta índole se ha entablado, y ello comporta que la conclusión a la que quiere llegar la apelante cual es la improcedencia de la resolución por un incumplimiento de deberes en esta fase del contrato, sea un tema que forzosamente tenga que quedar al margen de esta alzada, al faltar la premisa inicial sobre la que se construye el razonamiento, como es la inexistencia de pretensión resolutoria alguna. Idéntica suerte ha de predicarse y precisamente por las mismas razones, respecto del motivo decimotercero que era del siguiente tenor: “ Respecto del Producto Estructurado y su Reestructuración: La inexistencia de incumplimiento esencial y nexo entre cualquier eventual incumplimiento y el daño sufrido por la actora. La imposibilidad de resolver contratos que no se encuentran en vigor”, dado que, como ya se ha dicho, no se ha ejercitado ninguna acción de resolución.

DECIMOCUARTO.- El undécimo motivo lo es respecto del Producto Estructurado y su Reestructuración y su contenido es:” En cualquier caso, la prueba practicada confirma que el Banco cumplió con sus deberes precontractuales: Impugnación de la valoración de la prueba.” El razonamiento de la parte demandada se mueve en la siguiente línea, no es sólo que la parte actora no ha probado la existencia de incumplimiento alguno por su parte, sino que una interpretación lógica de la practicada lleva a la conclusión contraria, es decir, que cumplió en todo momento con su estandar de diligencia, tanto antes como después de la contratación del Producto Estructurado y su Reestructuración. Así sostiene que su pretendida complejidad deriva exclusivamente del hecho de que está compuesto por varios elementos, pero que se trata de un producto sencillo de comprender y que respondía al objetivo de inversión manifestado por la actora. Según indican en su informe los peritos Doña Nuria María García Pascual y Don Miguel Gálvez Hernández (f. 1.093 al 1.178), la emisión identificada en el contrato de Producto Estructurado Tridente con doble condición de fecha 21 de Mayo de 2.008, corresponde a un bono estructurado autocancelable trimestralmente, por importe total de 300.000 euros, vencimiento a un año, referenciado a la evolución de las acciones de Telefónica S.A., Iberdrola S.A. y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. Durante el año de plazo del producto se establecen cuatro fechas de valoración intermedias y una de valoración final. En cada una de las de valoración intermedia se toma como referencia el precio de las acciones subyacentes desde la fecha de referencia inicial (21 de Mayo de 2.008). Si en alguna de las fechas de valoración previstas, el precio final de la acción con peor rendimiento es mayor o igual que el 50% de su precio inicial, el cliente recibirá una retribución fija igual al

0'90% sobre el importe principal invertido (f. 1.116). Así mismo, indican que es un producto rojo, complejo y con un nivel de riesgo elevado, que puede generar la pérdida total de la inversión (f. 1.119) y que el propio Banco lo clasifica así, en concreto, la ficha del producto para “ uso exclusivo interno”, por lo que es dudoso que lo recibieran los clientes. Añadiendo que tanto el análisis de los escenarios como las advertencias contenidas en la orden de contratación del Tridente, no informan: - Que el valor financiero del estructurado es del 64'99%, dando la sensación de que se obtiene un producto con un valor del 100%. Todo lo contrario, se obtendría una pérdida del 35'01% y - Que los subyacentes acumulan un descenso en los últimos siete meses hasta la fecha de contratación del 18'82% para Iberdrola, un 25'3% en el último año y tres meses para el caso del BBVA y un 17'97% en los últimos ocho meses para el caso de Telefónica, cuando las pérdidas del estructurado se van a producir ante un descenso de los subyacentes del 50%. Lo que los clientes desconocen es que las acciones ya se encuentran en una tendencia de bajada (f. 1.138),lo que en conjunto generaba que el producto ya tuviese un valor financiero negativo en el momento de su contratación. (f. 1.139). Como declara la SS. del T.S. de 3-2-16 no se discute que los Productos Estructurados Tridente sean productos financieros complejos, constituyendo jurisprudencia constante la que declara que tanto bajo la normativa MiFID, como bajo la pre MiFID, en la comercialización de estos productos complejos por parte de las entidades prestadoras de servicios financieros a inversores no profesionales existe una asimetría informativa, que impone a dichas entidades el deber de suministrar al cliente una información comprensible y adecuada de las características del producto y los concretos riesgos que les puede comportar su contratación (SS. 588/2.015 de 10 de Noviembre, con cita de la anterior SS. 840/2013 de 20 de Enero de 2.014 y SS. 742/2.015 de 18 de Diciembre). La parte apelante construye su argumentación partiendo del planteamiento erróneo de que la relación mantenida con la parte actora no era de asesoramiento, sino de mera comercialización, cuando tal extremo ha sido ya analizado y rechazado en el fundamento jurídico sexto al analizar el motivo cuarto del recurso y a lo allí reseñado nos remitimos. La SS. del Pleno de la Sala 1ª del T.S. de 20-1-14, declara que para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación. En el primer caso, en que la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada, la entidad debe valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, y evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de

inversión que va a contratar, mediante el denominado test de conveniencia. En el segundo, si el servicio prestado es de asesoramiento financiero, además de la anterior evaluación, la entidad debería hacer un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente, para poder recomendarle ese producto, por medio del llamado test de idoneidad. En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el producto que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento, por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”. Los contratos de Producto Estructurado Tridente aportados como documentos números dos y tres de la demanda (f. 41 al 61) llevan fecha de 21 de Mayo de 2.008 y 29 de Enero de 2.009, sin embargo, ninguno de los test presentados por Banco Santander S.A. a su escrito de contestación como documentos 2 F) (f. 404 al 407) y 5 bis (f. 459 al 479), coinciden con esas fechas, como así refleja el juzgador de instancia en el fundamento jurídico octavo de la sentencia. La recurrente trata de soslayar este inconveniente afirmando que la evaluación de la parte actora se llevó a cabo mediante las entrevistas efectuadas por su empleados Sres. ----- y -----, pero esta prueba es insuficiente para justificar la observancia de esa exigencia, como ya se ha dicho con anterioridad, y aunque se diga que las explicaciones tuvieron lugar a la vista de la ficha del producto (documento número cuarenta y uno de la contestación a los f. 1.012 y 1.013), no parece que la misma fuese entregada a la parte actora, si pensamos que al pie de la misma y en negrita se reseña lo siguiente: “ Documento Confidencial- Uso exclusivamente interno- Prohibida su distribución”. La SS. de 13-7-16 de la Sec. 9ª de esta Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, que sigue la de 14-3-16 indica, al enjuiciar un pleito que también versaba sobre el Producto Estructurado Tridente, que “ se trata de un producto complejo, de alto riesgo y que existió un asesoramiento del banco, intervención de banca privada, y por tanto, no se trata de una oferta general, sino de un ofrecimiento concreto a determinados clientes de un producto, en cierto modo, personalizado. Además el propio banco, tras un primer contrato, intentó paliar las consecuencias muy penosas del producto, ofreciendo directamente una segunda contratación, que no obedeció a iniciativa alguna del cliente, sino a un intento de

minimizar pérdidas”, como así se viene a admitir en el escrito de contestación a la demanda, aunque se diga que ninguna obligación tenía al respecto, por lo que la conclusión que se extrae es que el déficit informativo claramente existió. Añadiendo que en cuanto al contenido literal del contrato, la Sala observando el mismo, no aprecia que se advierta de forma clara, diáfana y perfectamente alertada para el suscriptor que el riesgo esencial de esta operación es la pérdida total del capital invertido. Así en la estipulación tercera en sus dos últimos párrafos se dice “ El presente contrato estructurado es una combinación de una imposición a plazo fijo y una serie de opciones financieras sobre las Acciones subyacentes. Si se cumple alguna de las condiciones descritas, el Producto Estructurado funciona igual que una imposición a plazo fijo pero con un rendimiento superior al de una imposición a plazo fijo tradicional. Para poder optar a ese rendimiento superior, el Titular asume el riesgo de que la rentabilidad final del mismo pueda ser negativa y que podrá recibir un importe de devolución inferior al importe principal invertido”. Advirtiendo, en primer lugar, la sistemática en la expresión del riesgo, incluido en la página 4 de 10 del contrato y no en su inicio, siquiera en la parte de la definición de los términos del mismo o en su enunciado, lo que para esta Sala tiene transcendencia, al encontrarnos en un contrato pre-redactado por Banco Santander. En segundo lugar, la dicción del pacto es confusa, al dar a entender al suscriptor que está ante un producto similar a un depósito a plazo fijo (cuando ello no es así), es más, en la información que sobre el producto comunica la entidad demandada al actor sigue calificándolo de depósito a plazo fijo (documentos números 3 y 4 de la demanda). En tercer lugar, por confundirse los términos rentabilidad con el capital invertido, pues en esta página 4 (por cierto, carente de firma) se dice que podrá recibir un importe de devolución inferior al importe principal invertido o en otros apartados habla de rentabilidad negativa. El Anexo (constitutivo de las dos últimas hojas llevando firma la última) describe en su párrafo final los riesgos y de su atenta lectura se desprende cómo funciona el producto de inversión, sin que tampoco se exprese con la claridad suficiente que el capital invertido puede ser perdido totalmente. En todo caso, como ha expuesto la SS. del T.S. de 3-2-16 enjuiciando un Producto Estructurado similar al actual con idéntica demandada, “ No basta con que en el contrato se haga mención de que el titular asume el riesgo de que la rentabilidad final del producto sea negativa y que pueda recibir un importe de devolución inferior al importe principal invertido, pues se trata de una advertencia genérica. Es preciso ilustrar los concretos riesgos y advertir cuánto puede llegar a perderse de la inversión y en qué casos, con algunos ejemplos o escenarios.” Alega la parte apelante que el último párrafo de la estipulación tercera contiene un reconocimiento relevante, al declarar el titular que ha sido informado sobre la posibilidad de que la

rentabilidad del contrato sea negativa, cuando expresa que “ El titular manifiesta que ha recibido las oportunas advertencias por parte del Banco sobre los riesgos de este producto y en concreto sobre la posibilidad de que la rentabilidad del mismo sea negativa”, pero el alcance que ha de otorgarse a dichas frases, es un tema que ya ha sido analizado en el fundamento jurídico séptimo al examinar el motivo quinto, con apoyo en la SS. del T.S. de 29-6-16, remitiéndonos en un todo a lo allí dicho. En consecuencia, como declara la SS. de 13-7-16 de la Sec. 9ª antes citada, la falta de información clara, objetiva y suficiente sobre el esencial riesgo de este Producto Estructurado determina que el actor suscribe el contrato con ese desconocimiento, determinante del error, pues estamos en un producto de alto riesgo y no ostenta el suscriptor una correcta representación del mismo, y ello determina que concurran los requisitos que legal y jurisprudencialmente vienen fijados para la apreciación del error como vicio estructural del contrato. Lo hasta aquí dicho hace ya innecesario el examen del duodécimo motivo que lo es respecto del Producto Estructurado y su Reestructuración:” El Banco también cumplió con sus deberes contractuales. Impugnación de la valoración de la prueba”, al venir a incidir en aspectos ya estudiados y que, en cualquier caso, no alterarían la conclusión obtenida, en el sentido de acoger la acción principal respecto del Producto Estructurado Tridente, y revocar, por lo expuesto, la sentencia de instancia, para estimar la acción de anulabilidad en los términos pedidos por la parte actora.

DECIMOQUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la estimación en parte del recurso, así como de la impugnación motiva la no imposición de las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

F A L L O

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Juan Antonio Rodríguez-Manzanque Alberca en nombre de Banco Santander S.A. y así mismo, acogemos la impugnación deducida por el también Procurador Don Javier Blasco Mateu, en el de Don -----, sus hijos menores ----- y en el de la entidad ----- C.B., ambos contra la sentencia dictada el 24 de Julio de 2.015 por el Juzgado de Primera Instancia número

2 de Valencia en autos de juicio ordinario seguidos con el nº 1.451/14, que se revoca parcialmente, y en su virtud, se estima íntegramente la demanda formulada por Don -----, en nombre propio, así como en el de sus hijos menores ----- y en el de la entidad ----- C.B., y en consecuencia, se declara la nulidad simple o anulabilidad por error al contratar el Producto Estructurado Tridente y los Valores Santander, objeto de esta litis, así como sus canjes posteriores y, en sus méritos, se condena a la demandada a restituirle, para sí, sus hijos y la Comunidad de bienes, la cantidad total efectiva perdida de 772.657'84 euros, más los intereses legales devengados desde la fecha de suscripción de las órdenes de compra, descontando la totalidad de los importes recibidos por la parte actora como rentabilidad de los productos contratados (tanto los rendimientos de los Valores Santander como los cupones del depósito Tridente) con el interés legal correspondiente desde la fecha de las respectivas liquidaciones parciales, por mor de la obligación legal de restitución recíproca, debiendo la demandante devolver las acciones recibidas con ocasión de la conversión de los valores y con imposición de costas a la parte demandada. No se hace imposición sobre las costas de esta alzada. Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo. Dese al depósito constituido el destino legal procedente. Contra la presente cabe recurso extraordinario de infracción procesal y / o recurso de casación, que se habrá de interponer mediante escrito presentado ante esta Sala dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.